

sumidores de eventuales riesgos por la comercialización de productos inseguros.

No obstante, es posible que en un mismo producto concurren las tres situaciones y responsabilidades, pues el producto en cuestión puede alejarse de las condiciones pactadas, causar unos daños inesperados y presentar riesgos incompatibles con el nivel de seguridad establecido en España. Por ejemplo, podría suceder que un tipo de crema protectora de los rayos ultravioletas, no sólo no protegiera eficazmente del sol, sino que, además, provocara quemaduras como consecuencia de su aplicación.

Según hemos podido comprobar, en función de cuál sea la responsabilidad concretamente incurrida, y las particularidades de cada caso, serán los productores, los vendedores o los distribuidores los responsables y obligados a resarcir.

CRISTINA AYO FERRÁNDIZ (\*)

## NOVEDADES EN LA NORMATIVA DEL SECTOR AUDIOVISUAL: EL NUEVO RÉGIMEN PARA LA INTEGRACIÓN DE OPERADORES DE TELEVISIÓN

### Introducción

Desde hace ya varias semanas asistimos a una sucesión constante de noticias relacionadas con el sector audiovisual. Muchas de esas noticias tienen que ver con iniciativas de la Administración que van, poco a poco, concretándose, de modo que a la fecha de publicación de este artículo es muy probable que se hayan producido otras novedades o que las iniciativas ya anunciadas se hayan definido un poco más. Nos referimos a cuestiones tales como el anteproyecto de ley de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española —que contempla la supresión de la publicidad en la televisión pública estatal y el sistema de financiación alternativo—, la posibilidad de prestar servicios de televisión digital de pago, el propio anteproyecto de ley general audiovisual —que todavía no ha visto la luz pero del que se habla desde hace tiempo— o, incluso, por completar el panorama desde la perspectiva comunitaria, la propuesta de modificación de la antigua «Directiva de Televisión sin Fron-

teras», hoy ya denominada «Directiva de Medios Audiovisuales».

De entre todas esas iniciativas, en este artículo vamos a reflexionar en torno a las medidas adoptadas mediante el Real Decreto-ley 1/2009, de 23 de febrero, de medidas urgentes en materia de telecomunicaciones (el «Real Decreto-ley»), por su trascendencia para el sector, en los términos que enseguida expondremos, y por tratarse de una norma ya aprobada y aplicable pese a que, con ocasión de su convalidación el pasado 12 de marzo, el Congreso de los Diputados acordara su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia.

### El Real Decreto-ley

Antes de analizar los dos capítulos del Real Decreto-ley que se refieren al sector televisivo (el capítulo III se refiere, en cambio, a la creación de la Oficina de Defensa del Consumidor de Productor Energéticos), conviene que nos detengamos brevemente en el preámbulo de la norma. En él se alude sin ambages al «momento crítico» que vive el sector televisivo en nuestro país, un «momento crítico» que es consecuencia, según reza el preámbulo, de la convergencia de dos factores:

(i) En primer lugar, la crisis económica general, que afecta también a las cadenas de televisión, que han experimentado una significativa reducción en sus ingresos publicitarios. Para afrontar este problema, la Administración ya ha tomado otras iniciativas. Más en concreto, el Consejo de Ministros del pasado 8 de mayo dio el primer paso en el camino hacia la supresión de la publicidad en la televisión pública. En concreto, el Consejo de Ministros aprobó el informe sobre el anteproyecto de ley de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española, antes citado, una norma cuya tramitación se aventura procelosa por las discrepancias ya manifestadas por los afectados, en relación con el modelo de financiación alternativo que ha de sustituir al modelo mixto de financiación de la televisión pública —mediante ingresos procedentes de la publicidad y vía presupuestos generales del Estado— que se ha mantenido hasta nuestros días pese a la constante queja de los operadores privados con los que hoy por hoy compite la televisión pública.

En cualquier caso, la importancia de esa futura norma sobre la financiación de la televisión pública estatal no termina ahí, pues todo indica que en ella se va a definir también, con mayor

(\*) Abogada del Área de Derecho Público y Procesal (Barcelona).

precisión, en qué consiste el concepto de servicio público o, lo que es lo mismo, se van a fijar los criterios de programación que debe respetar la televisión pública para cumplir con su misión de servicio público (por ejemplo, limitaciones presupuestarias en la adquisición de derechos sobre eventos deportivos, inclusión en la programación de espacios donde se dé cabida a grupos políticos, sindicales y sociales, etcétera); y

(ii) En segundo lugar, el «*momento crítico*» del sector también se debe a la inminente transición de la tecnología analógica a la digital, un proceso que debe completarse el 3 de abril de 2010, fecha del «apagón analógico», es decir, del cese de todas las emisiones de televisión que empleen tecnología analógica. Sobre este particular, ha de tenerse en cuenta que, a los gastos necesarios para atender las necesidades de la tecnología digital, se suman otra serie de factores, como el hecho de que a la fecha del apagón, la normativa reconozca a los concesionarios de televisión la posibilidad de acceder a un multiplex digital y disponer, por tanto, de canales adicionales a los que actualmente explotan. Esto, unido a la actividad de los operadores de televisión de ámbito local y de ámbito autonómico, supondrá una proliferación de cadenas de televisión que puede resultar difícil de «digerir» para un mercado en el que ya se habla de saturación publicitaria.

### **Cobertura del servicio de televisión digital terrestre de ámbito estatal**

El capítulo I del Real Decreto-ley tiene por objeto garantizar la cobertura del servicio de televisión digital terrestre (TDT) de ámbito estatal para la población residente en zonas dispersas o aisladas que, por un lado, no queden cubiertas una vez se alcancen los compromisos de cobertura previstos en la normativa y a las que, por otro lado, no sea posible dar cobertura por medio de estaciones de emisión terrestres sin incurrir en un coste desproporcionado.

Para evitar que a la fecha del apagón analógico los residentes en esas zonas queden sin acceso a los servicios de televisión digital terrestre, se contempla la obligación de la Corporación de Radio y Televisión Española y de las sociedades concesionarias del servicio público de televisión digital terrestre de ámbito estatal de poner los canales que emiten en abierto a disposición de, al menos, un mismo distribuidor de servicios por satélite o de un mismo operador de red de satélites.

La anterior obligación queda sujeta a dos condiciones:

(i) En primer lugar, la puesta a disposición de los canales debe realizarse de manera conjunta, de modo que los obligados deben ponerse de acuerdo para determinar la plataforma satelital a través de la cual cumplir esta obligación.

(ii) En segundo lugar, se concede un plazo de tres meses, a contar desde la aprobación del Real-Decreto-ley (esto es, antes del 23 de junio de 2009) para cumplir esta obligación.

Además, para evitar abusos, el Real Decreto-ley especifica que la obligación que comentamos se refiere única y exclusivamente a los ciudadanos que residan en zonas en las que, una vez concluida la transición a la televisión digital terrestre, no vaya a existir cobertura del servicio de televisión digital terrestre de ámbito estatal. Adicionalmente, se aclara que el acceso a los canales puestos a disposición de las plataformas de televisión por satélite no requerirá que los usuarios se suscriban al servicio ni el alquiler de equipos descodificadores.

### **Transparencia y pluralismo en el mercado televisivo**

Bajo este título, el Real Decreto-ley ha abordado la modificación de las restricciones (a) en materia de titularidad de participaciones en el capital o en los derechos de voto de más de una sociedad concesionaria del servicio público de televisión; así como (b) en materia de titularidad de capital o de derechos de voto de sociedades concesionarias por extranjeros, entendiéndose por tales a las personas físicas o jurídicas de países que no pertenezcan al Espacio Económico Europeo. Para facilitar la exposición, trataremos ambas cuestiones por separado:

#### **Restricciones a la participación simultánea en el capital o en los derechos de voto de más de una sociedad concesionaria**

El Real Decreto-ley modifica el artículo 19 de la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada (la «Ley de Televisión Privada») y altera de manera radical el régimen de participación simultánea en el capital (o en los derechos de voto) de más de una sociedad concesionaria. En concreto, se abandona el anterior régimen basado en una prohibición absoluta de participación simultánea en el capital (o en los derechos de voto) de más de una sociedad concesionaria, siempre que el porcentaje de participación en las sociedades concesionarias fuera

igual o superior al 5% del total y se dieran ciertas coincidencias en los ámbitos de cobertura y demarcaciones de las sociedades concesionarias participadas. En su lugar, el nuevo régimen se asienta sobre el derecho de cualquier persona física o jurídica a ser titular simultáneamente de participaciones o derechos de voto en diferentes concesionarios del servicio público de televisión en el ámbito estatal, con las siguientes limitaciones que tratan de asegurar el mínimo pluralismo editorial e informativo necesario:

(i) En el caso de concesiones del servicio público de televisión de ámbito estatal, ninguna persona física o jurídica puede adquirir una participación significativa (es decir, igual o superior al 5% del capital o de los derechos de voto) en más de una concesión cuando la audiencia media del conjunto de los canales de las concesiones de ámbito estatal consideradas supere el 27% de la audiencia total durante los doce meses consecutivos anteriores a la adquisición.

(ii) Ninguna persona física o jurídica podrá adquirir una participación significativa o derechos de voto en más de una concesión del servicio público de televisión (a) cuando las concesiones del servicio público de televisión de ámbito estatal, acumulen derechos de uso sobre el dominio público radioeléctrico superiores, en su conjunto, a la capacidad técnica correspondiente a dos canales múltiples; o (b) cuando las concesiones del servicio público de televisión de ámbito autonómico, acumulen derechos de uso sobre el dominio público radioeléctrico superiores, en su conjunto, a la capacidad técnica correspondiente a un canal múltiple.

(iii) Finalmente, se dispone que ninguna persona física o jurídica titular o partícipe de una concesión de servicio público de televisión de ámbito estatal podrá adquirir una participación significativa o derechos de voto en otra concesión cuando ello suponga impedir la existencia de, al menos tres concesionarios asegurándose el respeto al pluralismo informativo.

En el conjunto de las normas descritas —que comparado con el régimen anterior supone una manifiesta flexibilización de la normativa sobre participaciones simultáneas— ha sido quizás la modificación del Real Decreto-ley de la que mayor eco se han hecho los medios, pues posibilita las operaciones de integración de distintas sociedades concesionarias, si bien es cierto que la estructuración de dichas operaciones de integración requerirá de

alguna reflexión adicional, ya que, aparte de las complicaciones propias de todo proceso de este tipo, la normativa mantiene algunas otras restricciones en materia de titularidad simultánea de más de una concesión que deben ser tenidas en cuenta.

### Restricciones a la participación extranjera

En este caso, el Real Decreto-ley ha incluido restricciones en un ámbito que se había liberalizado hace ya varios años. En concreto, el Real Decreto-ley modifica la Ley de Televisión Privada, añadiendo en este caso un nuevo apartado con dos reglas cuya redacción carece de la deseable claridad:

(i) Se dispone, en primer término, que las participaciones sociales o derechos de voto de personas físicas o jurídicas nacionales de países que no sean miembros del Espacio Económico Europeo y que se adquieran a partir de la entrada en vigor del Real Decreto-ley en concesionarios del servicio público de televisión estarán sujetas al cumplimiento del principio de reciprocidad.

(ii) Se añade a continuación que *«de producirse un incremento en las participaciones o derechos de voto que, a la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, ostenten las personas físicas y jurídicas nacionales de países que no sean miembros del Espacio Económico Europeo, el porcentaje total del capital social de la persona jurídica titular de la concesión deberá ser, en todo momento, inferior al 50% del mismo»*.

Como decíamos, la redacción (en especial, la de la regla mencionada en el apartado (ii) anterior) no es muy afortunada, suscita algunas dudas y admite varias interpretaciones (por ejemplo, ¿es posible que quien a la entrada en vigor del Real Decreto-ley es ya titular de acciones de un concesionario adquiera acciones por encima del 50%? ¿Es necesario que acredite la reciprocidad si la adquisición de tal accionista no supera el 50% del capital total de la sociedad concesionaria?). La tramitación del proyecto de ley parece el momento adecuado para aclarar estas dudas corrigiendo la redacción de esta, por otro lado, importante disposición.

### Conclusiones

Las medidas contempladas en el Real Decreto-ley que tienden a garantizar la cobertura de la televisión digital terrestre y a flexibilizar el régimen de participación en el capital y derechos de voto de las sociedades concesionarias merecen una primera

valoración positiva. No obstante, una mejor valoración de estas medidas podrá realizarse en conjunto con alguna otra de las restantes iniciativas en materia de televisión a las que nos hemos referido al inicio de este artículo cuando, en su caso, se concreten. Lo que resulta claro, en cualquier caso, es que nos encontramos en un momento crucial en la configuración del mapa audiovisual español, y el ordenamiento jurídico debe estar a la altura, superando la actual dispersión normativa, dando flexibilidad a la actividad de los operadores de televisión cuando ello sea posible y dotando, en fin, de la necesaria seguridad jurídica al sector de la televisión en nuestro país.

RAFAEL IZQUIERDO JIMÉNEZ (\*)

## EL RÉGIMEN FISCAL DE LAS OPERACIONES DE FORWARD MERGER LBO Y LA LEY DE MODIFICACIONES ESTRUCTURALES DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES

### Antecedentes

(i) Por su sentencia de 7 de mayo de 2007 (JUR 2007\192414, en adelante, «la sentencia»), la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) rechazó la aplicación del régimen fiscal especial de fusiones —régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos, canje de valores y cambio de domicilio social de una Sociedad Europea o una Sociedad Cooperativa Europea de un Estado miembro a otro de la Unión Europea, regulado en los artículos 83 a 96 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades («LIS»), texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo— a una fusión subsiguiente a una compra apalancada —*forward merger LBO* (en terminología anglosajona, acrónimo de *leveraged buyout*)—.

(ii) Los antecedentes de hecho del caso que resuelve la sentencia pueden resumirse como sigue:

— En diciembre de 1998 la entidad española MISA absorbió a la también española MESA. El accionista de ambas entidades era el grupo alemán MIVH.

— MESA fue constituida en diciembre de 1979. A principios de 1998 su capital pertenecía en un 51% al grupo alemán MIVH y el 49% restante a la familia C.

— El 16 de julio de 1998 se constituye MISA. El 100% del capital social de esta entidad es desde el momento de su constitución del grupo alemán MIVH.

— El 24 de julio de 1998 MISA compra a la familia C el 49% del capital social de MESA. Dicha adquisición fue financiada con un préstamo bancario concedido por una entidad alemana y garantizado con bienes de la sociedad adquirida.

— MISA efectúa una ampliación de capital que se suscribe en su totalidad por el único socio, el grupo alemán MIVH, que aporta el 51% de las acciones de MESA. La operación se contabiliza el 30 de septiembre de 1998. De esa forma MISA pasa a ser única propietaria de MESA.

— El 1 de diciembre de 1998 MISA absorbe a MESA con efectos a 1 de enero de 1998 y en base al balance de fusión de 30 de septiembre de 1998. Esta operación fiscalmente se instrumentó como fusión acogida al régimen especial regulado por la Ley 43/1995.

— Como consecuencia de la fusión por absorción se generó contablemente una diferencia de fusión por diferencia entre el patrimonio neto contable de la entidad absorbida y el precio de adquisición de la participación. Parte de esta diferencia se imputó a mayor valor de edificios y terrenos, y otra parte quedó como fondo de comercio, que MISA viene amortizando.

### Los argumentos de la sentencia

La sentencia concluye que la fusión por absorción de MESA por MISA no respondió a motivos económicos válidos, sino a la finalidad de obtener una ventaja fiscal, afirmando que

*«no habiendo acreditado la actora que la operación de fusión realizada responda a un auténtico interés económico, la única conclusión que se alcanza es que se trató de una complicada operación articulada con la única finalidad de obtener un beneficio fiscal, como es que los beneficios obtenidos por MISA desde el año 1998 se reduzcan en el importe del préstamo y en el de la amortización del fondo de comercio generado»*

En ese sentido, la sentencia resume del siguiente modo las alegaciones de MISA:

(\*) Abogado del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).